Kriegsverbrechen nach Völkerrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Hans Georg Mayer
Assessor in München

Tag der mündlichen Prüfung: 3. Juli 1937

Erlangen 1937
Junge & Sohn, Universitäts-Buchdruckerei

1937/230

Referent: Univ.-Professor Dr. Köhler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis

Seite

I. Allgemeiner Teil 7

§ 1. Einleitung 7

§ 2. Über den Begriff des Krieges 9

§ 3. „Kriegsverbrechen" genannte Tatbestände nach völkerrechtlicher Praxis 12

§ 4. „Kriegsverbrechen" genannte Tatbestände nach völkerrechtlicher Theorie 16

§ 5. Die neueren Auffassungen über die Rechtsnatur der Kriegsverbrechen 20

II. Besonderer Teil 26

§ 6. Das Haager Landkriegsabkommen 26

§ 7. Das völkerrechtliche Delikt 28

§ 8. Die Stellung des Einzelnen im Kriegsgewohnheitsrecht 32

§ 9. Der Verbrechensbegriff 33

§ 10. Die kriegsrechtswidrigen Kampfhandlungen Einzelner 34

I. ALLGEMEINER TEIL

§ 1.
Einleitung

In den Art. 228—230 des Versailler Vertrags räumte Deutschland den gegnerischen Mächten die Befugnis ein, die wegen eines Verstoßes gegen die Gesetze und Gebräuche des Krieges angeschuldigten Personen vor ihre Militärgerichte zu ziehen. Im Falle des Schuldspruches sollten „die gesetzlich vorgesehenen Strafen" Anwendung finden, etwa gleichzeitig vor den Gerichten Deutschlands oder seiner Verbündeten laufende Verfahren in denselben Angelegenheiten sollten unberücksichtigt bleiben. Weiterhin verpflichtete sich die deutsche Regierung, Urkunden und Auskünfte jeder Art zu liefern, deren Vorlegung bzw. Erteilung zur vollständigen Aufklärung der verfolgten Taten, zur Ermittlung der Schuldigen und zur erschöpfenden Würdigung der Schuldfrage für erforderlich erachtet würden.

Die deutsche Regierung verpflichtete sich ferner, den gegnerischen Mächten alle Personen auszuliefern, die ihr auf Grund der Anklage, sich gegen die Gesetze und Gebräuche des Krieges vergangen zu haben, sei es namentlich, sei es nach ihrem Dienstgrade oder nach der ihnen von den deutschen Behörden übertragenen Dienststellung oder sonstigen Verwendung bezeichnet werden.

Ähnliche Bestimmungen sah der Friedensvertrag von St. Germain in den Art. 173—176 für Österreich vor.

Es ist bekannt, daß diese schmachvollen Bestimmungen nicht zur Ausführung kamen. Mit Note vom 16. Februar 1920 verzichteten die Ententemächte auf die Auslieferung der „Kriegsverbrecher" unter der Bedingung, daß „die Schuldigen der gerechten Strafe zugeführt" würden. Auch wurden die Angeschuldigten nicht vor die Gerichte der ehemaligen Gegner gestellt, sondern Deutschland selbst nahm die Verfolgung und Bestrafung der von den Gegnern bezeichneten Angeschuldigten in die Hand. Mit Gesetz zur Verfolgung von Kriegsverbrechen und Kriegsvergehen vom 18. Dezember 1919 (RGBl. S. 2125) wurde die erst- und letztinstanzielle, ausschließliche Zuständigkeit des Reichsgerichts für diejenigen Verbrechen und Vergehen begründet, die ein Deutscher im In- oder Auslande während des Krieges bis zum 28. Juni 1919 gegen feind-

liche Staatsangehörige oder feindliches Vermögen beging (§ 1). Die Ergänzungsgesetze vom 24. März 1920 (RGBl. S. 341) und 12. Mai 1921 (RGBl. S. 508) brachten die notwendigen verfahrensrechtlichen Bestimmungen.

Die Verhandlungen fanden in den Monaten Mai, Juni und Juli des Jahres 1921 in Leipzig unter größter Anteilnahme der inländischen und ausländischen Öffentlichkeit statt. Die deutschen Kriegsteilnehmer

Heynen, Karl, Unteroffizier,
Müller, Emil, Hauptmann,
Neumann, Robert, Soldat,
Neumann, Karl, Kapitänleutnant,
Ramdohr, Max, Feldpolizeibeamter,
Stenger, Karl, Generalleutnant,
Crusius, Benno, Major,
Laule, Adolf, Oberleutnant,
Schack, v. Hans, Generalleutnant,
Kruska, Benno, Generalmajor,
Dithmar, Ludwig, Oberleutnant zur See, und
Boldt, John, Oberleutnant zur See,

wurden unter Anklage gestellt. Die Verfahren wurden zum Teil in Abwesenheit der Angeklagten durchgeführt.

Es wurden verurteilt:

Heynen wegen Mißhandlung Untergebener in 15 Fällen, wegen Beleidigung Untergebener in 3 Fällen und wegen vorschriftswidriger Behandlung Untergebener zu 10 Monaten Gefängnis, im übrigen wurde er freigesprochen;

Müller wegen Mißhandlung Untergebener in 9 Fällen, wegen Zulassung einer solchen Mißhandlung, wegen vorschriftswidriger Behandlung Untergebener in 4 Fällen und wegen Beleidigung Untergebener in 2 Fällen zu 6 Monaten Gefängnis, im übrigen wurde er freigesprochen;

Robert Neumann wegen Mißhandlung Untergebener in 12 Fällen und wegen Beleidigung eines Untergebenen zu 6 Monaten Gefängnis, im übrigen wurde er freigesprochen;

Crusius wegen fahrlässiger Tötung zu 2 Jahren Gefängnis und zum Verlust des Rechtes zum Tragen der Offiziersuniform, im übrigen wurde er freigesprochen;

Dithmar und Boldt je wegen Beihilfe zum Totschlag zu 4 Jahren Gefängnis; gegen Dithmar wurde ferner auf Dienstentlassung (er befand sich noch im aktiven Heeresdienst), gegen Boldt auf Verlust des Rechtes zum Tragen der Offiziersuniform erkannt.

Die Angeklagten Karl Neumann, Ramdohr, Stenger und Laule wurden unter Übernahme der Kosten und Auslagen auf die Staatskasse freigesprochen.

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, den notwendig unfruchtbaren Streit der Politiker aufzufrischen, der sich im Zusammenhang mit diesen „Kriegsverbrecherprozessen" in den Nachkriegsjahren entwickelte. Hier handelt es sich vielmehr darum, nach einem kurzen historischen Überblick über die Entwicklung der militärischen Disziplin die Rechtsnatur der als „Kriegsverbrechen" bezeichneten Handlungen festzustellen. Schließlich wird noch auf einige Fragen einzugehen sein, die sich eng mit der rechtlichen Seite des Fragenkreises berühren.

§ 2.
Über den Begriff des Krieges

Der Krieg als Zustand geschichtlicher Wirklichkeit ist mit einem einheitlichen rechtlichen Begriff nicht leicht zu fassen. Unsere Begriffe können nur Normalmaße sein, mit denen wir die Wirklichkeit zu bestimmen, zu begreifen versuchen.

Zwei Auffassungen streiten seit Rousseau um den Vorrang: die kontinentale und die englisch-amerikanische.

Der kontinentale Kriegsbegriff geht auf Rousseau zurück. Dessen Theorie, daß der Krieg nur von Staat zu Staat geführt werde und daß als Feind nur anzusehen ist, wer als Staatsorgan zur Teilnahme an den Feindseligkeiten bestimmt ist, beherrscht noch heute das Kriegsrecht des kontinentalen Europa: „*La guerre n'est point une violation d'homme à homme, mais une relation d'état à état, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni mêmes comme citoyens, mais comme soldats; non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs. Enfin chaque état ne peut avoir comme ennemis que d'autres états, et non pas des hommes, attendu qu'entre choses de diverses natures on ne peut fixer aucun vrai rapport*" [1]). — Der Krieg ist somit nur ein Kampf zwischen Staaten bzw. ihren Organen, insbesondere also der Heere. Die Zivilbevölkerung nimmt grundsätzlich weder passiv noch aktiv an den Kampfhandlungen teil. Die privatrechtlichen Beziehungen der Staatsangehörigen der beteiligten Staaten untereinander und zu jenen der feindlichen Staaten bleiben grundsätzlich unberührt. Das Zivilrecht schützt weiter die Angehörigen des einen Staates, die im Gebiete des feindlichen leben. Soweit die Zivilbevölkerung jedoch

1) Rousseau, *Contrat social* ... 1762, p. 244.

in den Strudel der Kriegsereignisse einbezogen wird, was für die Bevölkerung des Kriegsschauplatzes und des vom Feinde besetzten Gebietes in Betracht kommt, haben die Kriegsparteien die Stellung der Bewohner nach Möglichkeit zu schonen, während diese ihrerseits die Pflicht haben, sich jeder feindseligen Handlung zu enthalten. Für den Landkrieg hat diese Auffassung ihren besten Ausdruck in der Proklamation König Wilhelms von Preußen gefunden, die er am 11. August 1870 an die französische Bevölkerung richtete und in der er erklärte, Krieg nur gegen die französische Regierung, nicht gegen das französische Volk zu führen.

Daß diese Auffassung auch noch beim Ausbruch des Weltkrieges in Deutschland galt, geht eindeutig aus der Art der deutschen Kriegführung hervor. Von besonderer Bedeutung in dieser Hinsicht sind aber auch die Ausführungen des 1. Zivilsenats des Reichsgerichts in dem Urteil vom 26. Oktober 1914 (RG. Z. 85/376). Dort wird ausgeführt: „Dem deutschen Völkerrechte liegt die Anschauung gewisser ausländischer Rechte fern, daß der Krieg unter möglichster wirtschaftlicher Schädigung der Angehörigen feindlicher Staaten zu führen ist und daß diese daher in weitem Umfange des gemeinen bürgerlichen Rechtes zu berauben sind. Vielmehr gilt der Grundsatz, daß der Krieg nur gegen den feindlichen Staat als solchen und gegen dessen bewaffnete Macht geführt wird und daß die Angehörigen der feindlichen Staaten in bezug auf das bürgerliche Recht den Inländern in demselben Maße gleichgestellt sind, wie dies vor dem Kriege der Fall war, mithin, soweit nicht gesetzliche Ausnahmen bestehen, in allen Beziehungen."

Nach allem wäre der kontinentale Kriegsbegriff so zu formulieren: Krieg ist das letzte Mittel der Selbsthilfe eines Staates, unter Einsetzung eines Teils oder der gesamten organisierten Kriegsmacht und mit allen erlaubten Mitteln dem anders gerichteten Willen eines fremden Staates den eigenen Willen aufzuzwingen.

Den angelsächsischen Kriegsbegriff leiten wir uns am besten aus den folgenden Urteilsstellen ab: „Der Krieg versetzt jeden Staatsangehörigen wie auch die Staaten selbst in den Zustand der Feindschaft gegeneinander. Es gibt keinen Krieg der Waffen und einen Frieden des Handels nebeneinander. In einem solchen Zustand sind alle Staats- und Privatverträge, alle Eigentumsrechte erloschen . . . Diese Überlegungen gelten besonders für Seemächte, deren Hauptziel die Zerstörung von Schiffahrt und Handel des Gegners mit dem Zwecke ist, ihn so zum Frieden zu zwingen." [2])

2) Diesen Ausführungen des Kronanwalts im Potts v. Bell-Fall schloß sich das englische Gericht im Jahre 1800 an. Originaltext zit. bei Strupp, Wörterbuch d. Völkerrechts und d. Diplomatie, Bln. 1925 Bd. 2, S. 308: „*War*

Der hier aufgezeigten englischen entspricht die amerikanische Auffassung, die uns in diesem Urteil entgegentritt: „Der Krieg versetzt jeden Angehörigen der beteiligten Staaten und ebenso die Staaten selbst in einen Zustand der Feindschaft gegeneinander. Alle Staatsverträge, Privatverträge und Besitzrechte sind aufgehoben. Die Staatsangehörigen sind in jeder Hinsicht als Feinde anzusehen. Sie können sich gegenseitig der Person und des Eigentums bemächtigen. Sie können vor dem Gericht des Feindes weder klagen noch irgendwelche Rechte suchen. Den Feind zu ermutigen oder zu unterstützen wird deshalb zum Verbrechen.“ [3])

Diese Auffassung, die sich im wesentlichen an Anschauungen des Altertums anlehnt, gestattet den „Abbruch und die Zerstörung aller Handels- und Verkehrsbeziehungen, besonders der Rechtsverhältnisse zwischen den Angehörigen feindlicher Staaten und allen Personen, die auf dem feindlichen Staatsgebiet sich aufhalten, den unterschiedslosen Kampf gegen die feindlichen Heere und die Zivilbevölkerung, gegen das Privatvermögen zur See und zu Lande, die Volkserhebung im Falle einer feindlichen Invasion, den Wirtschafts- und Handelskrieg mit Seesperren, Hungerblockaden, schwarzen Listen, Kontrolle der Neutralen“ [4]) usw.

Die anglo-amerikanische Auffassung versteht somit unter dem Kriege das letzte Mittel der Selbsthilfe eines Staates, unter Einsetzung aller verfügbaren Kräfte des Staates und des Volkes und unter Anwendung aller erlaubten Mittel dem andersgerichteten Willen eines anderen Staates durch Schwächung seiner Streitkräfte, seiner Bevölkerung und seiner Hilfsmittel den eigenen Willen aufzuzwingen.

Der Unterschied liegt somit in der Hauptsache in der Verschiedenheit der Auffassungen über die völkerrechtliche Zulässig-

---

puts every individual of the respective governments, as well as the governments themselves, into a state of hostility with each other. There is no such thing as a war for arms and a peace for commerce. In that state all treaties, civil contracts and rights of property, are put, at end to ... These considerations apply with peculiar force to maritime states, where the principal object is to destroy the marine and commerce of the enemy, in order to anforce them so peace.“

3) Urteil im Falle „Rapid“ im Jahre 1814 nach der Übersetzung von Vanselow, Völkerrecht, Bln. 1931 S. 169. Dort auch der Wortlaut: „*War puts every individuals of the respective governments, as well as the governments themselves, in a state of hostility with each other. All treaties, contracts and rights of property are suspended. The subjects are in all respects considered as enemies. They may seize the persons and property of each other. They have no persona standi in judicio, no power to sue in the public courts of the enemy nation. It becomes, therefore, criminal to comfort or aid the enemy.*“

4) Held, Art. „Kriegsbegriff“ in Strupps Wtbch., Bd. 1, S. 721.

keit von Schädigungsmitteln, Schädigungsmethoden und Angriffszielen begründet.

Der Inbegriff aller Regeln nun, die im Falle einer kriegerischen Verwicklung zwischen den Kriegführenden gelten oder gelten sollen, ist das Kriegsrecht. Dabei ist es unerheblich, ob die Parteien oder eine von ihnen sich im Einzelfall an diese Regeln halten oder nicht[5]). Es ist auch gleichgültig, ob diese Regeln in irgendeiner Rechtsordnung gesetzlich verankert, gesatzt sind oder nicht, d. h. dem Gewohnheitsrecht angehören. Dem Kriegsrecht tut es auch keinen Abbruch, daß es nicht alle im Kriegsfalle denkbaren Verhältnisse erfaßt. Denn es liegt im Wesen des Krieges als eines Ausnahmezustandes, daß eine vollständige Normierung aller seiner Vorgänge niemals möglich sein wird. Ebenfalls in der Natur des Krieges liegt es begründet, daß es nicht ein für alle Mitglieder der Staatengesellschaft gleichermaßen verbindliches Kriegsrecht gibt, sondern daß dieses, wie das gesamte Völkerrecht, immer nur für Gruppen von Staaten oder einzelne Staaten existiert.

§ 3.

„Kriegsverbrechen" genannte Tatbestände nach völkerrechtlicher Praxis

Wir werden niemals feststellen können, seit wann es von Einzelmenschen, Stämmen, Völkern oder Staaten gesetzte und beachtete Normen der Kriegführung gibt, Normen also, die dem instinktiven Trieb des Naturmenschen, den Gegner auf jede in der eigenen Kraft liegenden Weise zu vernichten, Hemmungen bereiteten. Wir können aber annehmen, daß gewisse Normen unseres heutigen Kriegsrechts, die ihre Wurzel in den elementarsten Regungen der Menschlichkeit haben, bereits in den frühesten Zeiten der kulturellen Höherentwicklung des Menschen beachtet wurden. Und es ist m. E. zu allgemein, wenn immer wieder behauptet wird, daß ursprünglich im Kriege alles erlaubt gewesen sei[6]).

Freilich ginge es andererseits zu weit, die damalige Übung als Kriegsrecht in unserem Sinne zu betrachten. Denn wir verstehen unter dem Kriegsrecht einen Teil des Völkerrechts. Das Völkerrecht aber ist die Summe der Normen, welche die Rechte

5) Die überaus zahlreichen Verletzungen des Kriegsrechts, welche im letzten Kriege vorkamen, haben sogar den sog. Leugnern des Völkerrechts neuen, aber nur kurzen Auftrieb gegeben.

6) So auch von Wegner, Kriminalunrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, Hamburg 1925, S. 19: „Ursprünglich war im Kriege alles erlaubt, aber dafür jede Kriegshandlung auch der Feindesrache zur Vergeltung freigegeben . . ."

und Pflichten der Staaten in ihrem Verkehr als Mitglieder der Staatengesellschaft betreffen. Ansätze eines solchen Völkerrechts sind aber vor dem Beginne der Staaten- oder mindestens Stammbildung undenkbar. Erst als die Individuen sich zu größeren Gemeinschaften — Stämmen, Völkerschaften, Staaten — zusammenschlossen und gleichzeitig gewisse in Religion, Instinkt oder Sitte begründete, durch Herkommen und Gewohnheit übertragene Regeln des Verkehrs dieser Gemeinschaften untereinander anerkannten, entstand Völkerrecht: man schloß Verträge, Übereinkommen und Bündnisse, entwickelte Normen für den Beginn, die Kampfhandlungen und die Beendigung der Kriege usw. Jahrtausende hindurch blieben Völkerrecht und Kriegsrecht dürftig an Umfang und Gehalt. Und wenn der menschliche Fortschritt aufs Ganze gesehen auch hier unstreitig eine Höherentwicklung mit sich bringt, so treten doch, besonders auf dem Gebiete des Kriegsrechts, Rückschläge ein und nur zu oft drängen rohe Gewalt und Willkür das Recht auf die Seite.

Und doch hat der humane Geist des Völkerrechts, wie Bluntschli[7]) treffend sagt, seine herrlichsten Siege gerade da erfochten, wo dem Rechte gewöhnlich die geringste Macht zugeschrieben wird, im Kriege, wo Gewalt gegen Gewalt steht. Denn es läßt sich nicht leugnen, daß die Kriegführung im Laufe der Jahrhunderte menschlicher, gesitteter und weniger grausam geworden ist, daß also, ganz allgemein gesagt, ein zivilisierteres Kriegsrecht an die Stelle der alten barbarischen Kriegssitten getreten ist.

Wir dürfen aber auch in der Beurteilung des Kriegsrechts und der militärischen Disziplin früherer Jahrhunderte nicht ungerecht sein. Gerade bei der Beschreibung der kriegerischen Verwicklungen lag es nahe, daß die Geschichtsschreiber nur die außerordentlichen Grausamkeiten der Nachwelt überlieferten, während sie alle mit dem Rechtsbewußtsein ihrer Zeit vereinbaren Kriegshandlungen verschwiegen. Niemand wird die zahlreichen Ausschreitungen der mittelalterlichen Soldateska in Schutz nehmen wollen, es geht aber auch nicht an, in den Einheiten dieser Zeit nur Raub- und Mordbanden zu erblicken.

Das mittelalterliche Kriegertum hat seine Wurzel in den germanischen Volksheeren. Schon in diesen Volksheeren gab es Ordnung und Unterordnung, ja Disziplin in unserem Sinne, die auf einer aus der Kommandogewalt entspringenden Strafgewalt beruhte.

Den Ausgangspunkt der deutschen Reichs- und Landesgesetzgebung im Mittelalter bildeten die Landfrieden. Die Landfriedens-

7) Bluntschli, Das moderne Völkerrecht, Nördlingen 1872, S. 34.

gesetze enthalten regelmäßig Strafandrohungen für alle den Landfrieden gefährdenden Delikte. Daran reihten sich Vorbeugungsmaßregeln zur Verhütung des Ausbruchs von Streitigkeiten und Fehden, Anordnungen zum Schutze bestimmter Sachen wie Kirchen, Mühlen und Ackergeräte, auch zum Schutze bestimmter Personen, wie der Geistlichen, der Frauen, der reisenden Kaufleute gegen jeden Angriff[8]). Eine Reihe von Bestimmungen in den späteren Artikelsbriefen zeigt ganz ähnlichen Inhalt.

Eingehendere Bestimmungen der hier interessierenden Art enthalten jedoch erst die Artikelsbriefe des 16. und 17. Jahrhunderts. Bereits ein Beschluß des Frankfurter Reichstags von 1427 enthält eine Art Felddienstordnung[9]), in der wir Vorschriften finden wie die folgenden: Futter und Kost, wenn sie vom Lande genommen werden, sind redlich zu bezahlen; wer jemand das Seine nimmt wider seinen Willen oder raubt, dem soll man ohne Gnade sein Haupt abhauen; wer stiehlt, dem soll auch sein Recht geschehen ... Fouragierungen dürfen nur unter dem Banner vorgenommen werden; Brennen oder „Anstoßen" darf nur auf Befehl der Hauptleute geschehen; Mord wird mit dem Tode bestraft.

Die Artikelsbriefe Maximilians I. von 1507 und Maximilians II. (1564, 1576) sind Fundgruben für das Kriegsrecht ihrer Zeit. Besonders die Kriegsartikel Maximilians II. (Artickel auff die Teutsche Knechte Kaysers Maximiliani II) enthalten zahlreiche Bestimmungen, die noch heute interessant sind. Sie seien daher im folgenden im Auszug wiedergegeben:

Kriegsartikel Kaiser Maximilians II.

. . . . .

Art. 8. Item, die Kindbetterinnen, schwangere Frauen, alte Leute, Priester, Prediger und Kirchendiener, die sollen die Knechte beschützen, beschirmen und bei Leibesstrafe in keine Wege beleidigen.

Art. 9. Item, sie sollen auch der Kirchen, Klöster, Clausen, Spitäle und Schulen verschonen, dieselbigen nicht beschädigen noch beleidigen, in keinem Wege, bei Leibesstrafe.

. . . . .

Art. 20. Item, es soll sich in Schlachten oder Stürmen, und in derselben Eroberung niemand auf Plünderung begeben, oder um das Gut annehmen, es sei dann die Wahlstatt und Plätze zuvor erobert, sondern in guter Ordnung bleiben, bei Vermeidung Leibesstrafe.

---

8) Schröder, Lehrbuch d. deutschen Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1898, S. 641.

9) Beck, Die ältesten Artikelsbriefe für das deutsche Fußvolk, München 1908, S. 16.

Art. 21. Es soll auch keiner aus dem Lager auf Beute oder anderswohin ziehen, ohne Wissen und Willen seines Hauptmanns, noch über Nacht von seinem Fähnlein bleiben, bei Leibesstrafe, und weiter Erkenntnis des Obersten.

. . . . .

Art. 41. Es soll auch keiner in der Freunde Lande, und auf Unserm und des Reiches Boden, auf dem Zuge, oder in den Lägern, niemand etwas mit Gewalt und unbezahlt nehmen, noch auf die armen Leute auslaufen, und plündern, sondern ein jeder seinem Wirth, dabei er jederzeit in Städten, oder Flecken liegen wird, gebührlicherweise zufrieden stellen.

Art. 42. Wer solches nicht tut, und Klage käme, der soll durch seinen Hauptmann und Obersten zu der Erstattung angehalten, und noch darzu an Leib und Leben nach Erkenntnis gestraft werden.

. . . . .

Art. 53. Item, es soll auch keiner keinen Pflug berauben, noch Mühlen, Backöfen, und was zu gemeiner Notdurft dienlich, es sei bei Freunden oder Feinden, ohne Erlaubnis beschädigen und zerbrechen, noch kein Wein, Korn oder Mehl mutwilligerweise auslaufen lassen, verderben und zu Schanden bringen, bei Leibesstrafe.

Art. 54. Es soll keiner alte verlebte Leute, oder Prediger, auch Weibsbilder, die auf keiner Wehr befunden werden, auch keine unmündige Kinder zu Tode schlagen, bei Leibes- und Lebensstrafe.

Art. 55. Es soll auch keiner ohne Befehl des Obersten Brandschätzen oder Brennen, oder die Lager anzünden, bei Leibesstrafe . . .

Art. 71. Item, wo einer oder mehr wären, die vorgeschriebene Artikel nicht hielten, so soll der oder dasselbige als Eydbrüchig und peinlich gestraft werden, nach des Rechten oder des Obersten Erkenntnis, und ob etwas in den vorgemeldeten Artikeln vergessen, und nicht gemeldet wäre, das den Kriegsleuten zu halten zustehet, so sollen doch alle Mißhandlungen zu des Obersten Erkenntnis gestellt sein, und gestraft werden . . .[10]).

In der Folgezeit entstehen eine Reihe von Kriegsartikeln ähnlichen Inhalts, aus denen wir auf das redliche Bemühen der Befehlshaber schließen müssen, die mit dem Kriege notwendig verbundenen Grausamkeiten auf ein menschliches Maß herabzusetzen. Besonderen Einfluß auf die weitere Gestaltung der deutschen Artikelsbriefe übten — bemerkenswerterweise — die Kriegsartikel des Schwedenkönigs Gustav Adolf aus, die in ihrer Fassung von

10) *Corpus Juris Militaris,* Berlin 1687, S. 6 ff.

1632 in Deutschland festen Boden gewannen. Der Geist der Ehre, der in diesen schwedischen Kriegsartikeln atmet, wurde mit diesen vor allem auch in das brandenburgische Heerwesen übernommen und hat sich dort bis auf die Gegenwart lebendig fortwirkend erhalten.

§ 4.

„Kriegsverbrechen" genannte Tatbestände nach völkerrechtlicher Theorie

Die mittelalterlichen Theologen führen das in der Strafgewalt enthaltene Recht des Staates, Rechtsverletzungen der Untertanen zu strafen, auf die Strafgewalt Gottes zurück, die sie sich auf die Völker bzw. auf die Fürsten als Inhaber der Staatsgewalt übertragen denken. Verletzt ein Übeltäter einen fremden Souverän oder den Untertanen eines fremden Staates, so hat der fremde Souverän einen Anspruch auf Bestrafung des Täters durch seinen eigenen Souverän. Erfüllt dieser diesen Anspruch nicht, verweigert er also gewissermaßen die Genugtuung, so geht das Strafrecht für diesen Einzelfall auf den fremden Souverän über. Schützt der Souverän den Übeltäter, so kann er bekriegt werden. Es entstehen in diesem Fall somit zwei konkurrierende Strafkompetenzen der beteiligten Souveräne [11]).

Aber nicht nur die Bestrafung der vor Kriegsbeginn begangenen, oder der den Krieg möglicherweise verursachenden strafbaren Handlungen beschäftigt die mittelalterlichen Theologen, sondern vor allem auch die Frage, ob die „Schuldigen" nach siegreicher Beendigung des Krieges vom Gegner bestraft werden können [12]). Dieses Recht wird wie das Recht auf völlige Wiedergutmachung und das Recht auf Maßnahmen zur Sicherung des Friedens dem Sieger allgemein zugestanden. Victoria [13]): *„Nec tantum hoc licet, sed etiam parta victoria, recuperatis rebus, et pace etiam et securitate habita, licet vindicare injuriam ab hostibus acceptam, et animadvertere in hostes et punire illos pro injuriis illatis."*

Ich hege keinen Zweifel, daß unter die *„injuriis illatis"* auch — und vor allem — die von Angehörigen der feindlichen Heere

11) Wir finden diese Ansicht vor allem bei Cajetan (1496—1534), *Summa S. Thomae commentariis illustrata* III 2, 2 qu XL, Victoria (1480 bis 1546), *Relectiones theologicae*, VI *de jure belli* I, und Suarez (1548 bis 1617), *De triplici virtute theologali* III *de charitate* D. XIII, IV, 5, sämtlich zit. bei Vanderpool, *Le droit de guerre d'après les Théologiens et les Canonistes du Moyen-âge*, Brüssel-Paris 1911, S. 17.

12) Vgl. hierzu die Forderung der Ententestaaten auf Auslieferung des deutschen Kaisers zum Zwecke der Bestrafung für seine Schuld am Kriege!

13) Victoria, a. a. O. VI *de jure belli* 19.

begangenen Verletzungen des Kriegsrechts fallen. Denn zu jener Zeit unterschied man, wie gleich anschließend zu zeigen sein wird, schon scharf zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Kriegshandlungen[14]).

Schon Augustinus (354—430)[15]) legt fest, daß derjenige Soldat nach den bürgerlichen Gesetzen nicht wegen Mordes schuldig wird, der einen anderen Soldaten auf Befehl seiner gesetzmäßigen Obrigkeit tötet. Würde er es eigenmächtig tun, so würde er sich wegen Mordes schuldig machen und bestraft werden. An anderer Stelle[16]) erklärt er, daß die Soldaten, wenn sie ihre im Kriege begangene Übeltat damit entschuldigten, daß das Schlechte zu tun ihr Beruf sei, unrecht hätten, da es eine Sünde sei, im Kriege in Bereicherungsabsicht auf Beute auszugehen oder sonstige unzulässige Räubereien und Gewalttätigkeiten zu verüben.

Antonius (1389—1459) beklagt es bitter, daß die Soldaten seiner Zeit sich von aller militärischen Disziplin losgesagt hätten, daß Diebstahl und Mißhandlungen an Kriegsgefangenen alltäglich geworden seien[17]).

Hugo Grotius[18]), der zwischen dem solennen und dem nichtsolennen Krieg unterscheidet, fordert für den ersteren das beiderseitige Vorhandensein rechtmäßiger Souveränitätsinhaber und die Beobachtung gewisser Formvorschriften, wie das Vorhergehen eines Versuchs zur gütlichen Regelung des Streitfalls und die Abgabe einer Kriegserklärung.

Im solennen Krieg ist es nach Grotius kraft allgemeinen Völkerrechts verboten, den Gegner mit Gift zu töten oder die Waffen und Brunnen zu vergiften. Die Schändung der Frauen und Mädchen erklärt er ebenfalls für kriegsrechtswidrig und strafbar. Spione und gedungene Meuchelmörder dürfen verwendet werden, doch erleiden sie, wenn sie ergriffen werden, Tod oder Strafe nach Wahl des Ergreifers. Alles andere ist noch erlaubt.

Johann Jakob Moser[19]) behandelt die Verantwortlichkeit der legitimen Kombattanten vor allem im Kapitel über die Kaper, Marodeure und Seeräuber (2. Buch, 12. Kapitel). Wenn Patrouillengänger „Exzesse" begehen, so steht den Verletzten das Beschwerderecht zum feindlichen Souverän oder dessen Generalität zu (§ 17). Handeln sie dem Völkerrecht zuwider, so haben sie im

14) Siehe hiezu auch Verdroß, Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten, Bln. 1920, S. 9 und Anm. 3.
15) Augustinus, *De civ. Dei* I, 26.
16) Augustinus, *Sermo* LXXXII *De verb. Ev. Lucae*, cap. 3.
17) Antoninus, *Summa theol. pars* III, Tit. IV, cap. 1.
18) Grotius, Drei Bücher vom Kriege, 3. Buch, Kap. 3.
19) Moser, Grundsätze des Europäischen Völkerrechts in Kriegszeiten, Tübingen 1752.

Falle der Gefangennahme keinen Anspruch auf Behandlung als Kriegsgefangene, sondern können wie gewöhnliche Räuber, Mörder usw. behandelt werden (§ 18). Kriegsrechtswidrige Handlungen, welche von den Parteien in Feindesland begangen werden, geben der verletzten Partei das Beschwerderecht und einen Genugtuungsanspruch gegenüber dem Befehlshaber der Täter. Geraten sie in Gefangenschaft, so dürfen sie „nach Verdiensten" abgestraft werden. Wie die Patrouillengänger, so stehen die seinerzeit legitimen Kaper unter den Vorschriften des Völkerrechts (2. Buch, 12. Kap., § 38). Verletzungen des Kaperrechts berechtigen zur Beschwerde oder scharfen Bestrafung (§ 40).

Vattel[20]) greift wieder auf die mittelalterlichen Theologen zurück und erneuert die Unterscheidung zwischen *guerre juste* und *guerre injuste*. Letzterer liegt vor, wenn eine Nation zu den Waffen greift, welche Unrecht weder erfahren hat noch von solchem bedroht ist (II § 27). Der legitime Krieg — *guerre légitime et dans les formes* — erfordert die Beobachtung gewisser vom Naturrecht vorgeschriebener oder durch das Gewohnheitsrecht entstandener Regeln. Diese Regeln gelten nicht gegenüber dem Urheber eines *guerre injuste*. Ihm steht kein Recht zur Seite, *„il est chargé de tous les maux, de toutes les horreurs de la guerre; le sang vasé, la désolation des familles, les rapines, les violences, les ravages, les incendies, sont ses œuvres et ses crimes; coupable envers l'ennemi qu'il attaque . . . sans sujet; coupable envers son peuple, qu'il entraîne dans l'injustice, qu'il expose sans nécessité, sans raison; . . . coupable enfin envers le genre humain entier, dont il trouble le repos, et auquel il donne un pernicieux exemple"* (II § 184). Er muß allen angerichteten Schaden wiedergutmachen, Genugtuung geben und selbst Strafe erleiden, wenn es die Sicherheit des Verletzten oder der menschlichen Gesellschaft erfordert (II § 185).

In der *guerre juste* sind demjenigen, auf dessen Seite das Recht steht, alle Mittel zur Schwächung des Gegners erlaubt, sofern sie nicht vom Naturrecht geächtet sind (II § 138). So muß Pardon gegeben werden, wenn der Gegner die Waffen niederlegt (II § 140). Wenn jedoch der Gegner, bevor er sich ergibt, irgendeinen übermäßigen Verstoß gegen das Völkerrecht begangen hat, wenn er also insbesondere Bestimmungen des Kriegsrechts verletzt hat, dann kann er strafweise getötet werden (II § 141): *„Il est un cas cependant où l'on peut refuser la vie à un ennemi qui se rend, et toute capitulation à une place aux abois; c'est lorsque cet ennemi s'est rendu coupable de quelque attentat énorme contre*

20) Vattel, *Le droit des gens*, Paris 1855.

le droit des gens, en particulier lorsqu'il a violé les lois de la guerre."

Frauen, Kinder, Greise und Sieche zu mißhandeln, haben die Kämpfenden kein Recht. Schändungen und Tötungen von Frauen und Mädchen, Tötungen von Greisen und Kindern sind Ausschreitungen, die der Befehlshaber bestraft — wenn er es kann (*quand il le peut*, II § 145). Kriegsgefangene dürfen nicht hart behandelt werden, es sei denn, daß sie sich dem gegenüber, der sie gefangen hält, etwas haben zuschulden kommen lassen. In diesem Falle dürfen sie bestraft werden (II § 150).

Meuchelmord und Vergiftung sind kriegsrechtswidrig und berechtigen denjenigen, gegen den sie angewendet werden, den Gefangenen den Pardon zu verweigern (II § 155). Die Verwendung vergifteter Waffen ist kriegsrechtswidrig und berechtigt alle zivilisierten Völker, denjenigen, der dieses Verbot übertritt, zu bestrafen (II § 156).

Auch Bluntschli[21]) berührt die Materie der kriegsrechtswidrigen Handlungen wiederholt. Nach Punkt 571 werden Personen, die ohne staatliche Ermächtigung auf eigene Faust kriegerische Streifzüge machen, als Räuber bestraft. Ebenso sind Freischaren, die ohne staatliche Ermächtigung und in selbstsüchtiger Absicht Kriegshandlungen vornehmen, desgleichen Kaper wie Verbrecher zu behandeln. Es ist den Soldaten untersagt, zwecklos und willkürlich einzelne Personen zu töten, zu verwunden oder zu mißhandeln, sie zu versklaven und zu verkaufen oder Frauen zu schänden. Der Inhaber der Befehlsgewalt ist verpflichtet, solche Verbrechen an den Soldaten zu strafen.

Wenn in Punkt 602 ausgeführt wird, daß Personen, welche wegen eines vor ihrer Kriegsgefangenschaft verübten Vergehens der Strafgerichtsbarkeit des Nehmestaates unterworfen sind, im Falle der Gefangennahme verfolgt und bestraft werden können, so dürften hierunter auch Kriegshandlungen zu verstehen sein. Bluntschli führt in der zugehörigen Anmerkung zwar nur Diebstahl und Unterschlagung als Beispiele an, doch wäre es unverständlich, wenn er, der kurz vorher viele strafbare Kriegsrechtsverletzungen aufführt, deren Bestrafung im Falle der Gefangennahme ausschließen, die der Delikte aus der Friedenszeit aber zulassen wollte.

Von den neueren Schriftstellern sei hier noch Beling[22]) erwähnt, der zu der Frage Stellung nimmt, ob die ein fremdes Land

---

21) Bluntschli, Das moderne Völkerrecht, Nördlingen 1872.

22) Beling, Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität, Breslau 1896, S. 138.

besetzenden Truppen von der feindlichen Gerichtsbarkeit befreit sind. Er verneint diese Frage, da dieser Exterritorialität jeglicher völkerrechtliche Grund fehle, und führt als Beispiel an, daß ein Soldat der okkupierenden Armee, der bei einem Diebstahl oder einem Sittlichkeitsverbrechen von der Polizei des gegnerischen Staates abgefaßt wird oder der nach der Vergiftung eines Brunnens in Gefangenschaft gerät, sehr wohl durch die Gerichte des feindlichen Staates abgeurteilt werden könne.

Damit kann die historische Darstellung der einschlägigen Verfasser abgeschlossen werden. Die Jahrhundertwende bringt mit dem grundlegenden Werk Triepels über „Völkerrecht und Landesrecht“ [23]) eine Umorientierung der gesamten Völkerrechtstheorie mit sich und damit — wie noch zu zeigen sein wird — eine stichhaltige Grundlage für die wissenschaftliche Durchdringung des hier dargestellten Fragenkreises.

Bevor Schulz [24]) sich dieser Arbeit erfolgreich unterzog, herrschte in der Wissenschaft weder Klarheit noch Einigkeit in der Frage, wer nun eigentlich zur Aburteilung der „Kriegsverbrechen“ genannten Delikte zuständig und welcher Art ihre Rechtsnatur sei.

§ 5.

Die neueren Auffassungen über die Rechtsnatur der Kriegsverbrechen

Der Begriff Kriegsverbrechen wurde zum erstenmal wohl im englisch-amerikanischen Recht gebraucht, wo er uns als „*war-crime*“ entgegentritt. Es liegt daher nahe, in der anglo-amerikanischen Literatur zur Frage der Kriegsverbrechen auch deren wissenschaftliche Einordnung zu suchen. Wer es tut, findet jedoch lediglich Aussagen und Behauptungen.

Oppenheim [25]) zum Beispiel definiert: „Im Gegensatz zu den feindlichen Handlungen der Soldaten, durch die diese ihr Recht auf Behandlung als Mitglieder der bewaffneten Streitkräfte, die nichts Unrechtes getan haben, nicht verlieren, sind Kriegsverbrechen solche feindliche oder andere Handlungen von Soldaten oder anderen Individuen, die durch den Feind bei der Gefangennahme gestraft werden können.“ Er lehnt sich damit offensichtlich an Ausführungen an, die das „Manual of Military Law“ des britischen War Office vom Jahre 1916 im Artikel 441 über die Kriegs-

23) Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899.
24) Schulz, Die Kriegsverbrechen, Berlin 1928.
25) Oppenheim, *International Law*, London 1926, Vol. 2, p. 342.

verbrechen macht. Dort heißt es: „Der Ausdruck '*war-crimes*' ist die Bezeichnung für solche Handlungen feindlicher Soldaten oder Zivilpersonen, die nach deren Gefangennahme bestraft werden können. Der Ausdruck wird . . . nur im technisch-militärischen und gesetzlichen Sinne gebraucht, nicht aber im moralischen. Denn obgleich einige dieser Handlungen, wie der Mißbrauch der Genfer Flagge oder die Tötung Gefangener verabscheuungswürdig sein mögen, so können doch wiederum andere höchst patriotisch und lobenswert sein, wie beispielsweise das Einziehen von Nachrichten über den Feind. Der Feind ist jedoch in diesem Falle nicht berechtigt, diese Handlungen als Kriegsverbrechen zu bestrafen."

Das erwähnte „Manual of Military Law" enthält in seinem 14. Kapitel über „*the Laws and Usages of War on Land*" (Land Warfare) eine Einteilung der Kriegsverbrechen in vier Klassen:

1. Verletzungen der allgemein anerkannten Kriegsregeln durch Soldaten,
2. alle Feindseligkeiten, die von Nichtangehörigen der bewaffneten Macht begangen werden,
3. Spionage und Kriegsverrat und
4. Marodieren.

Hieran fällt sofort auf, daß auch Spionage und Kriegsverrat zu den Kriegsverbrechen gehören sollen. Denn sowohl Spionage als auch Kriegsverrat sind nach allgemeinem, auch englischerseits anerkanntem Völkerrecht rechtmäßige Kriegshandlungen. Dies geht schon daraus hervor, daß ihre Bestrafung ausgeschlossen ist, wenn sie vollendet sind, d. h. wenn der Täter zu dem Heere, dem er angehört, zurückgekehrt ist (Art. 31 LKO.) — ein Umstand, der bei allen anderen Kriegsverbrechen nicht berücksichtigt wird. Den Charakter einer rechtmäßigen Kriegshandlung verliert die Spionage auch nicht dadurch, daß der Kriegsgebrauch strenge Maßnahmen gegen den bei Ausführung der Tat ertappten Spion vorsieht. Denn auch diese Maßnahmen sind Kriegshandlungen, nicht Bestrafungen eines Verbrechens. Oppenheim[26]) ist daher beizupflichten, wenn er Spionage und Kriegsverrat, insbesondere aber auch die zu ihrer Abwehr ergriffenen Maßnahmen als völkerrechtsgemäß bezeichnet. Der Wortlaut des Art. 30 LKO., nach welchem die Verurteilung des auf frischer Tat ertappten Spions ein vorausgehendes Urteil erfordert, steht dem nicht entgegen.

Die Begriffe „Bestrafung" und „Urteil" scheinen überhaupt einen nicht geringen Teil der Schuld an der ganzen Verwirrung zu haben. Denn auch das „Manual of Military Law" spricht immer wieder von Anklagen, Gerichtshöfen und Strafen (Art. 449 ff.).

---

26) Oppenheim, a. a. O., p. 309.

Es ist daher verständlich, wenn Wegner[27]) — an Oppenheim anknüpfend — das Recht der Kriegsverbrechen demgegenüber als bloßes Repressalienrecht auffaßt. Hierin muß ihm jedoch widersprochen werden. Denn die Repressalie ist nach herrschender Ansicht eine auf ein völkerrechtliches Delikt nach erfolgloser Mahnung erfolgende Selbsthilfehandlung eines Staates, welche mit völkerrechtlich an sich rechtswidrigen Mitteln einen rechtswidrigen Zustand oder die Gefahr zukünftiger Völkerrechtsverletzungen seitens des anderen Staates beseitigen will[28]). Das Hauptmerkmal der Repressalie, nämlich das Vorhergehen eines völkerrechtlichen Delikts, liegt bei den oben angeführten Tatbeständen regelmäßig nicht vor. Wenn verschiedentlich die Repressalie auch als Strafe aufgefaßt wurde, so lag dies, wie Schulz[29]) richtig bemerkt, an einer unzulässigen Vermischung von Straf- und Repressalienrecht. In Wirklichkeit hat die Repressalie mit dem Strafrecht nichts zu tun. Auch wenn ein einzelner einem fremden Staate gegenüber eine rechtswidrige Handlung begeht und dieser deswegen Maßnahmen gegen ihn ergreift, so wird er deswegen doch nicht von ihm „bestraft", sondern — rechtlich gesehen — lediglich von den Schutzmaßnahmen des Staates betroffen, die auch Repressalien gegen seinen eigenen Staat sein können. Häufig genug werden hier Maßnahmen, die auf Grund des Kriegsgebrauchs oder der Kriegsnotwendigkeit ergriffen werden müssen, mit Repressalien verwechselt.

Sehr interessant ist der Beitrag, den Schlayer[30]) zu unserer Frage liefert. Er betrachtet als erster die zur Abwehr eines kriegsrechtswidrigen Angriffs ergriffenen Maßnahmen unter dem Gesichtspunkte des Kriegsnotrechts[31]). „Bei den auf Grund des Kriegsgebrauchs verhängten Maßnahmen (Erschießen von Franktireurs, Spionen usw.), führt Schlayer aus, handelt es sich gar nicht um Strafen im Rechtssinn, sondern um Sicherungs- und Abwehrmaßregeln, um die Ausübung eines Kriegsnotrechts durch die kriegführende Truppe selbst. Es bedarf daher keiner vorgängigen gerichtlichen Prozedur, wiewohl eine solche dem Kriegsgebrauch nicht widerspricht. Kriegsgebrauch und Strafrecht sind hiernach zwei ganz verschiedene, voneinander unabhängige Gebiete."

Wenn der Staat, dem gegenüber sich der Feind kriegsrechtswidrige Handlungen zuschulden kommen läßt, diese in den die

27) Wegner, a. a. O., S. 20.
28) Vgl. Strupp Wtbch., Bd. 2, S. 350.
29) Schulz, a. a. O., S. 54.
30) Deutsche Strafrechts-Zeitung 1915, S. 9.
31) Unrichtig insofern Schulz, a. a. O., S. 60, der ausführt, Schlayer habe sich den Auffassungen Wegners bzw. Oetkers angeschlossen. Umgekehrt dürfte es richtig sein.

Handlung setzenden Personen „bestraft", so handelt er hiernach ebenfalls nicht in Ausübung eines Strafrechts im Sinne unserer nationalen Rechtsordnung. Würde man den Staaten nämlich zumuten, immer nur auf Grund strafrechtlicher Normen gegen den kriegsrechtswidrig kämpfenden Gegner vorzugehen, so müßte die Bestrafung der unzulässigen Kriegshandlungen feindlicher Personen im materiellen und formellen Strafrecht des strafenden Staates eine gesetzliche Grundlage haben. Da die deutschen Militärgerichte zu Beginn des Krieges diesen Standpunkt vertraten, ereignete es sich, daß feindliche Soldaten, die vor ihrer Gefangennahme nach deutschem materiellen Strafrecht an sich strafbare Handlungen gegen Deutsche begangen hatten, nicht verurteilt wurden, weil die Taten außerhalb des Herrschaftsbereichs der deutschen Gesetze begangen worden waren und das deutsche Recht solche von Ausländern begangene Taten in der Regel nicht mit Strafe bedroht[32]).

Wir werden sehen, daß in diesen Gedanken schon ein wesentlicher Beitrag zur Klärung des ganzen Fragenkreises enthalten ist.

Der Serbe Poljokan[33]) stellt es auf den Kriegszweck ab. Rechtmäßige Kriegshandlung sei nur eine solche Handlung, die den Kriegszweck fördere und zu ihm in einem angemessenen Verhältnis stehe. Handlungen, die dem Kriegszweck nicht förderlich sind, stellen Kriegsverbrechen dar. — Man kann hier Schulz[34]) nur zustimmen, wenn er gegen diese Begriffsbestimmung Bedenken erhebt: freilich will Poljokan nicht jede sich nachträglich als unwirksam und unförderlich erweisende Beschießung als Kriegsverbrechen behandelt wissen, sondern offenbar nur solche, die sich dem Täter auf Grund seiner Erfahrung und seines pflichtgemäßen Ermessens als unförderlich darstellen mußten. Der Kriegszweck ist aber in Wirklichkeit kein geeignetes Kriterium für die Unterscheidung zwischen Kriegs- und Verbrechenshandlung, sondern lediglich rechtspolitischer Ausgangspunkt für die völkerrechtlichen Beschränkungen der Kriegshandlungen.

Die bemerkenswerteste Arbeit zur Frage der Kriegsverbrechen stammt wohl von Schulz[35]), der als getreuer Anhänger von Triepel von dessen grundsätzlicher Trennung von Völkerrecht und Landesrecht ausgeht: „Da das Völkerrecht, so argumentiert er, nur die Beziehungen der Staaten untereinander regelt und regeln will, so kommt dem Individuum keine Stellung in diesem Rechtssystem

---

32) Deutsche Juristen-Zeitung 1916, S. 184.

33) Poljokan, *La responsabilité pour les crimes et délits de guerre*, Paris 1923, p. 26.

34) Schulz, a. a. O., S. 45.

35) Vgl. Anm. 24.

als Subjekt zu. Wenn die Haager LKO. im Art. 23 a—h bestimmte Kriegshandlungen als unzulässig und verboten aufzählt, so berührt dies den einzelnen Soldaten nicht. Er kann die Völkerrechtsordnung nicht verletzen, denn diese hat ihm nichts zu verbieten, da er kein Völkerrechtssubjekt ist. Bei der Beurteilung von Kriegs-'Verbrechen', die nach Landesstrafrecht abzuurteilen sind, hat man sich daher jeglicher Anwendung von Völkerrechtssätzen und Grundsätzen zu enthalten" [36]). Da Völkerrecht und Landesrecht verschiedene Lebensverhältnisse normieren, ist es unmöglich, daß zwischen ihnen beiden die Konkurrenzfrage auftaucht. Die Verschiedenheit der beiden Rechtsordnungen bedingt ferner, daß die Völkerrechtsordnung niemals den Maßstab für die Rechtswidrigkeit oder Rechtsmäßigkeit einer nach Landesrecht zu beurteilenden Individualhandlung abgeben kann, sondern daß vielmehr dieser Maßstab die Landesrechtsordnung selbst sein muß. Erklärt diese die Tat für rechtswidrig und strafbar, so ist die Straftat ohne Rücksicht auf die Bestimmungen des Völkerrechts zu verfolgen.

Für die Beurteilung der einzelnen Tat hat dies noch die Folge, daß ein Irrtum über einen Völkerrechtssatz strafrechtlich irrelevant ist. Denn „eine Rechtsordnung, die dem Staatsuntertanen nichts anbefehlen kann, die dem Landesrecht den Maßstab der Rechtswidrigkeit nicht liefert, hat auf den Individualirrtum keinen Einfluß, und der Irrtum über einen Satz einer 'Nichtrechtsordnung' ist strafrechtlich unbeachtlich" [36]).

Der Versuch einer rechtlichen Definition der Kriegsverbrechen müsse nach allem scheitern. Das zwischen den Völkern zustande gekommene Kriegsrecht binde nur die Staaten, die durch dieses Recht berechtigt und verpflichtet werden. Die Verbotsnormen der so entstandenen Rechtsordnung richteten sich ebenfalls nur an die Staaten, nicht an die Untertanen. Die völkerrechtliche Verantwortung für die Übertretung der in den Art. 23 ff. der Haager LKO. verbotenen militärischen oder zivilen Handlungen tragen daher die durch diese Konvention gebundenen Staaten. Ihre Verantwortung äußert sich in der Zahlung eines Schadengeldes und in der Bestrafung der Übeltäter. Um letztere durchführen zu können, muß der einzelne Staat — soweit nicht schon vorhanden — geeignete Strafgesetze und Verbotsnormen an seine Untertanen erlassen, damit diese ihrem Staate gegenüber zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet sind. Wann eine Handlung im Sinne des Strafrechts rechtswidrig ist, bestimmt demnach allein die Landesrechtsordnung. Auch der Begriff der Kriegsverbrechen wäre, wenn überhaupt, nur aus den Landesrechtsordnungen zu definieren. Eine

36) Schulz, a. a. O.

solche Definition gebe es aber nicht. „Denn sind Kriegshandlungen nach Landesrecht bereits Vergehen, die nach Völkerrecht durchaus erlaubt sind, und sind umgekehrt Kriegshandlungen nach Völkerrecht verboten, aber nach Landesrecht zwar verboten, doch nicht strafbar, so fehlt es an jedem Unterscheidungsmerkmal. Das Völkerrecht kann nur sagen, was völkerrechtswidrig ist, das Landesrecht nur bestimmen, was landesrechtswidrig, strafbar und damit Verbrechenshandlung ist. Eine Heraushebung des Kriegsverbrechens in bezug auf die anderen gemeinen Verbrechen kann nur quantitativ geschehen. Das Kriegsverbrechen wird daher trotz dieser Hervorhebung stets derselben Gattung der Verbrechen angehören." Der Begriff aber „ist ein Schlagwort, in einer politisch erregten Zeit geprägt, in der die Reaktion mit Riesenschritten gegen alle unmoralischen Kriegstaten sich wendete" [37]).

Unsere weitere Untersuchung wird zeigen, ob die Schulzsche Auffassung in allen Teilen gebilligt werden kann.

---

37) Schulz, a. a. O., S. 45.

II. BESONDERER TEIL

§ 6.
Das Haager Landkriegsabkommen

Im Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 18. Oktober 1907 vereinbarten die beteiligten Mächte, ihren Landheeren Verhaltungsmaßregeln zu geben, welche der dem bezeichneten Abkommen beigefügten Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs entsprächen (Art. 1 LKA.). Diejenige Kriegspartei, welche die Bestimmungen der bezeichneten Ordnung verletzte, sollte gegebenenfalls zum Schadensersatz verpflichtet und außerdem für alle Handlungen verantwortlich sein, die von den zu ihrer bewaffneten Macht gehörenden Personen begangen würden (Art. 3 LKA.). Die erwähnte Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs enthält eingehende Bestimmungen über die Kriegführenden, die Kriegsgefangenen, die Kranken und Verwundeten, die Mittel zur Schädigung des Feindes, Belagerungen und Beschießungen, Spione, Parlamentäre, Kapitulationen, Waffenstillstand und militärische Gewalt auf besetztem feindlichem Gebiete.

Diese Bestimmungen umfassen den größten Teil derjenigen Tatbestände, die bisher unter dem Begriff „Kriegsverbrechen" verstanden wurden. Ein Teil von ihnen ist bereits vor der Haager Konferenz von 1907 im materiellen Strafrecht verschiedener Länder enthalten gewesen. Das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 20. Juni 1872 (RGBl. S. 174 ff. und zahlreiche Änderungen) enthielt solche Bestimmungen beispielsweise im 8. Abschnitt des 2. Teils unter dem Titel „Widerrechtliche Handlungen im Felde gegen Personen oder Eigentum". Sehr eingehende Vorschriften im Sinne der Haager Landkriegsordnung enthielt auch das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 1. Oktober 1813 im 13. Hauptstück (Art. 162—174) unter dem Titel „Mißbrauch der militärischen Gewalt im Kriege". Ein großer Teil der Bestimmungen war aber noch nirgends als rechtsverbindliche Norm niedergelegt.

Auf welche Weise wurden nun diese Bestimmungen zu Normen, die den einzelnen Soldaten verpflichteten? Die Bestimmungen wurden nicht — wie es denkbar und nach dem Wortlaut des Haager Landkriegsabkommens zu erwarten gewesen wäre — von

den einzelnen vertragschließenden Parteien im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zum Bestandteil ihrer nationalen Strafrechtsordnung gemacht. In Deutschland wurde das Abkommen samt der Landkriegsordnung lediglich wie jede andere internationale Vereinbarung, an der Deutschland beteiligt ist, im Reichsgesetzblatt veröffentlicht (RGBl. 1910 S. 107 und 132).

Außerdem wurde die Haager Landkriegsordnung im Heere als Unterrichtsgegenstand eingeführt. Ein Untersuchungsausschuß der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung hat in den Jahren 1920—21 die Maßnahmen geprüft, die getroffen wurden, um die Haager Landkriegsordnung beim Heere einzuführen. Dieser Ausschuß hat festgestellt[38]), daß das Haager LKA. durch Verfügung des Preußischen Kriegsministeriums vom 12. Dezember 1911 als Anhang II der Felddienstordnung in vollem Wortlaut beigefügt worden ist. Durch die damit erfolgte Erhebung der Haager Landkriegsordnung zur offiziösen Dienstvorschrift für die Armee, so fährt die Entschließung des Ausschusses vom 28. Juni 1921 fort, habe Deutschland seiner formellen Verpflichtung den Haager Abmachungen gegenüber in der gleichen Weise Genüge getan, wie andere Teilnehmerstaaten an der Haager Konferenz, die gleichfalls den Weg der Bekanntgabe der Bestimmungen im originalen Wortlaut an ihre Armeen gewählt haben .

In Frankreich hat das Kriegsministerium ein der deutschen Felddienstordnung entsprechendes „*Services des armées en campagne*" herausgegeben, dessen Schlußteil den vollständigen Wortlaut der Haager Abkommen enthält. Das belgische „*Règlement sur le droit de la guerre et instructions sur le service des prisonniers de guerre*" enthält die gekürzte Wiedergabe der Haager Bestimmungen. Das englische War Office hat 1903 einen kommentierten Abdruck unter dem Titel „*The laws and customs of war on land*" herausgegeben. Die Vereinigten Staaten endlich haben 1914 in ihren „*Rules of Land Warfare*" die Bestimmungen der Haager Landkriegsordnung für ihr Heer kodifizieren lassen.

Die im Jahre 1902 von der kriegsgeschichtlichen Abteilung des Großen Generalstabes herausgegebene Schrift „Kriegsbrauch im Landkriege" vernachlässigt die Bestimmungen der Haager Landkriegsordnung, die am 9. November 1901 im Reichsgesetzblatt (Nr. 44) veröffentlicht worden waren, vollständig. Da die Schrift im Auslande als offiziell aufgefaßt wurde, da ferner von unseren amtlichen Stellen nie klar und eindeutig festgestellt wurde, daß sie vor der Bekanntgabe der Landkriegsordnung im Reichsgesetzblatt niedergeschrieben worden war, hat sie manchem ausländischen

38) Völkerrecht im Weltkrieg, Berlin 1927, Bd. 1, S. 25.

Angriff auf die Völkerrechtlichkeit der deutschen Kriegführung im Weltkriege als Beweismittel gedient[39]).

Der bloße Abdruck der Haager Landkriegsordnung in der Felddienstordnung sowie in einer besonderen Dienstvorschrift 231, die zur Mitnahme in das Feld für die Kommandostellen bis einschließlich selbständige Bataillone bereitgehalten und bei der Mobilmachung an die Truppe ausgehändigt wurde, schließlich noch im „Taschenbuch für den Generalstabsoffizier" hat nach Ansicht des Ausschusses für sich allein nicht vermocht, die Hauptaufgabe zu lösen, die in mancher Hinsicht doch recht intrikaten Normen dieses völkerrechtlichen Dokuments auch den juristischen Laien nahezubringen. Die sämtlichen 20 dem Ausschuß vorgelegten Instruktionsbücher der Vorkriegszeit handeln — mit Ausnahme eines erst 1917 erschienenen Werkes von Eichler — nur von den Kriegsartikeln; lediglich eines von ihnen enthält — unbeeinflußt von der Haager Landkriegsordnung — einige Richtlinien für das Verhalten der Soldaten im Kriege.

Soweit die Bestimmungen der Haager Landkriegsordnung also nicht schon Bestandteil des deutschen Landesrechts waren, sind sie es durch den Abschluß der Haager Abkommen auch nicht geworden. Als Bestandteil einer völkerrechtlichen Vereinbarung, an der das Deutsche Reich beteiligt ist, sind sie geltendes Völkerrecht geworden.

Die Frage ist nun, wie sie als solche dem einzelnen Kämpfer gegenüber rechtswirksam werden, ferner, wie diese Normen sich zu den Normen des Landesrechts verhalten, die den gleichen Tatbestand betreffen. Die Frage ist identisch mit der Frage nach dem Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht.

§ 7.
Das völkerrechtliche Delikt

Der Verkehr der zur Völkerrechtsordnung gehörenden Staaten wird durch eine Rechtsordnung bestimmt. Und wie im Rechtsverkehr der Individuen aus Verletzungen der Rechtsordnung Ansprüche der verschiedensten Art entstehen, so entspringen auch im Rechtsverkehr der Staaten aus Verletzungen der Völkerrechtsordnung die

39) Schulz (a. a. O., S. 42 f.) irrt, wenn er meint, die Stelle „Wer gegen eines dieser Gebote handelt, ist von seinem Staate zur Verantwortung zu ziehen" beziehe sich auf die Bestimmungen der Haager Landkriegsordnung. Diese war nämlich dem Verfasser, wie dieser vor dem Ausschuß unter Eid aussagte, bei der Abfassung der Schrift unbekannt.

verschiedenartigsten Ansprüche. Dies gilt für Kriegs- und Friedenszeiten gleichermaßen.

Völkerrechtsverletzungen setzen völkerrechtswidriges Handeln voraus. Es muß also, damit der Tatbestand eines Völkerrechtsdelikts erfüllt wird, ein Subjekt, das völkerrechtlich handlungsfähig ist, eine völkerrechtswidrige Handlung setzen, d. h. etwas tun, was gegen die Völkerrechtsordnung verstößt, oder etwas unterlassen, was sie fordert. Das Bestehen einer Völkerrechtsordnung überhaupt ist somit ebenfalls Voraussetzung.

Sowohl das bürgerliche als auch das Strafrecht kennen Deliktstatbestände. Beiden ist gemeinsam in objektiver Hinsicht, daß ein Verstoß gegen eine geltende Rechtsnorm, in subjektiver Hinsicht, daß ein Verschulden desjenigen vorliegen muß, dessen Handeln den Deliktstatbestand erfüllt. Die unerlaubte Handlung des Zivilrechts wird unterscheidend als verschuldetes Unrecht qualifiziert, an das die Rechtsordnung als selbständige Folge eine Schadensersatzpflicht knüpft[40]).

Das Delikt des Strafrechts stellt sich demgegenüber als die vom Staate mit öffentlicher Strafe bedrohte, schuldhafte und rechtswidrige Handlung dar[41]).

Auch für das völkerrechtliche Delikt sind nun diejenigen Momente wesentlich, die den Deliktstatbeständen des Zivil- und des Strafrechts gemeinsam sind. Liszt-Fleischmann definieren: „Völkerrechtliches Delikt ist die von einem Staate ausgehende schuldhafte, rechtswidrige Verletzung eines völkerrechtlich geschützten Interesses eines anderen Staates.“[42])

Der Wortlaut läßt nicht eindeutig erkennen, wer nun Subjekt, Urheber eines völkerrechtlichen Delikts sein kann. Kein Zweifel, daß die Subjektfähigkeit im Völkerrecht sich nicht nach dem nationalen Zivil- oder Strafrecht richtet, wo jede physische, zurechnungsfähige Person Deliktssubjekt sein kann. Vielmehr ist hier die Frage, ob und auf welche Weise die Staaten oder die Einzelpersonen, oder beide als Deliktssubjekt handlungsfähig sind.

In dieser Kernfrage besteht keine Einigkeit. Was zunächst die Staaten anbetrifft, so unterscheidet Heffter[43]) zwischen mittelbaren und unmittelbaren Subjekten des Völkerrechts und zählt diesen die Staaten selbst und ihre Souveräne, jenen die

---

40) Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1911, Bd. 1, S. 525.

41) Mayer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1912, S. 111.

42) Liszt-Fleischmann, Völkerrecht 1925, S. 279.

43) Heffter-Geffken, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, 1888, S. 40.

„Untertanen und Diener" zu, unter welchen er die diplomatischen Vertreter besonders hervorhebt.

Liszt-Fleischmann[44]) übernehmen die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Subjektseigenschaft des Staates, rechnen aber richtiger die schuldhaften, rechtswidrigen Handlungen der mit völkerrechtlicher Vertretungsbefugnis ausgestatteten Vertretungsorgane, die innerhalb ihrer Vertretungsbefugnis handeln, dem Staate als unmittelbarem Deliktssubjekt zu.

Der Staat ist somit nach richtiger Ansicht unmittelbares Deliktssubjekt bei allen schuldhaften, rechtswidrigen Handlungen, die von seinen mit völkerrechtlicher Vertretungsbefugnis ausgerüsteten Vertretungsorganen (Staatsoberhaupt, Außenminister, diplomatische Vertreter, militärische Befehlshaber, nicht aber der einzelne Soldat) innerhalb ihrer Vertretungsbefugnis begangen werden; er ist mittelbares Deliktsubjekt bei allen übrigen auf seinem Gebiete gegen einen fremden Staat oder fremde Staatsangehörige begangenen ebenfalls schuldhaften und rechtswidrigen Handlungen, deren Verhinderung oder Ahndung er völkerrechtswidrig unterläßt.

In den beiden Fällen mittelbaren oder unmittelbaren Wirksamwerdens ist auch ein Verschulden erforderlich. Schuldhaft handelt ‚wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt. Da der Staat an sich handlungsunfähig ist und völkerrechtlich mit Wirkung für sich nur durch seine mit völkerrechtlicher Vertretungsbefugnis ausgestatteten Vertretungsorgane handeln kann, erhellt, daß das Verschulden in unserem Sinne anders geartet sein muß als das Verschulden im nationalen deutschen Strafrecht. Der Staat begeht ein völkerrechtliches Delikt nicht etwa nur dann, wenn sein mit völkerrechtlicher Vertretungsbefugnis ausgestattetes Vertretungsorgan innerhalb seiner Vertretungsbefugnis eine schuldhafte völkerrechtswidrige Handlung setzt.

Das Verschulden des Vertreters gilt in diesem Falle als unmittelbares Verschulden des Staates. Von diesem wird das mittelbare Verschulden des Staates unterschieden, das dann vorliegt, wenn der Staat völkerrechtswidrig die Verhinderung oder Bestrafung aller übrigen auf seinem Gebiete gegen einen fremden Staat oder fremde Staatsangehörige begangene schuldhafte und rechtswidrige Handlungen unterläßt. Der Staat haftet sowohl bei unmittelbarem — direktem — als auch bei mittelbarem — indirektem — Verschulden.

Der Grund der Haftung für das unmittelbare Verschulden braucht nicht erwiesen zu werden, derjenige der Haftung für das mittelbare Verschulden ist in dem Nichteinschreiten des Staates

44) Liszt-Fleischmann, a.a.O., S. 281.

gegen den unter seiner Gewalt stehenden Angreifer eines fremden Staates.

Schon Grotius[45]) formulierte in Anlehnung an bekannte Grundsätze des römischen Rechts die in den nachfolgenden Jahrhunderten herrschende Theorie, daß der Staat für eine fremde Tat nicht ohne eigene Schuld hafte. Diese Schuld könne er durch Anstiftung, Beihilfe, schädlichen Rat und besonders durch die widerrechtliche *„patientia"* auf sich laden. Der Staat haftet demnach, wenn er um einen Angriff auf völkerrechtlich geschützte Güter weiß und ihn nicht verhindert, obwohl er ihn verhindern kann.

Eine Sühnepflicht des Staates bezüglich der schweren Vergehen, die ohne sein Wissen und ohne daß sie zu verhindern waren, in seinem Machtbereiche gegen das Ausland verübt wurden, bestand seit je. Die Unterlassung einer Reaktion gegen jene Missetaten, *„receptus"*, ist für Grotius geradezu eine besondere Art der Teilnahme[46]). In der Folgezeit war es herrschende Meinung, daß der Staat, der den „Delinquenten" nicht verfolgte, sich nachträglich „gewissermaßen" zum Mitschuldigen mache[47]); sein Nichthandeln stelle eine Verteidigung oder stillschweigende Billigung oder Genehmigung der Tat dar, zwischen Staat und Täter entstehe eine „gewisse Solidarität". Als Teilnehmer sei der Staat gegenüber dem verletzten Staate für das Delikt verantwortlich und haftbar.

Auch hier war es erst Triepel[48]), der völlige Klarheit schuf. Auch wenn man, so argumentiert er, in der Unterlassung der Reaktion gegen den Delinquenten eine Billigung seines Verhaltens erblickt, so sei Billigung doch nicht gleich der Teilnahme. Man stelle unzulässigerweise das Individuum und den Staat in eine Rechtsordnung hinein, um eine Mitschuld zu fingieren, wo doch nur eine eigene, selbständige Schuld vorliegen könne. Der Staat hafte nicht für die Tat des Individuums, er hafte nur, weil er selbst nicht reagiert, also wegen eines eigenen, nicht wegen eines fremden Verhaltens.

Als Deliktsobjekt kommen nur Staaten in Betracht, wenn wir mit Strupp[49]) unter einem solchen den Träger der Fähigkeit verstehen, die an völkerrechtswidrige Handlungen von der Völkerrechtsordnung geknüpften Rechtswirkungen für sich geltend zu machen. Die Verletzung einer völkerrechtlichen Norm richtet sich

---

45) Grotius, *de jure belli ac pace* II 21, § 2, 2.
46) Grotius, a. a. O., II 21, § 1 sequ.
47) Siehe hiezu die Quellenangaben bei Triepel, a. a. O., S. 327 Anmerkung 5—9.
48) Triepel, a. a. O., S. 328.
49) Strupp, Das völkerrechtliche Delikt, S. 21.

immer nur gegen einen anderen Staat, mag sie auch beispielsweise in der Tötung eines Menschen bestehen. Nach Kriegsgewohnheitsrecht ist die Tötung der Soldaten im Kriege erlaubt, diejenige der nichtkämpfenden Verwundeten jedoch nicht. Ereignet sich eine solche kriegsrechtswidrige Handlung, so ist völkerrechtlich der Staat verletzt, dem der Verwundete angehört. Die Tat kann demnach auch Ursache eines völkerrechtlichen Delikts sein, wenn der Staat, dem der Täter angehört, nicht so reagiert, wie das Völkerrecht es ihm vorschreibt.

Wie nun das Verhalten des einzelnen rechtlich zu beurteilen ist, wird im nachfolgenden zu untersuchen sein .

§ 8.

Die Stellung des Einzelnen im Kriegsgewohnheitsrecht

Triepel[50]) ist — wie wir gesehen haben — bei der Begründung seiner dualistischen Völkerrechtstheorie auf die Quellen der Völkerrechts- und Landesrechtsordnungen und auf die Rechtsnatur der von diesen Rechtsordnungen geregelten Beziehungen zurückgegangen. Für ihn ist der Staat der ausschließliche Adressat völkerrechtlicher Imperative. Die Möglichkeit der Entstehung zwischenstaatlichen Gewohnheitsrechts — z. B. der Kaufleute — räumt er ein, bestreitet aber, und mit Recht, daß dieses Völkerrecht sei. Wegner[51]) tut ihm daher Unrecht, wenn er ihm vorwirft, er übersehe die Möglichkeit der Entstehung völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts beispielsweise durch den regelmäßigen, die Grenzen überschreitenden Verkehr und insbesondere durch den Krieg. Wegner[52]) drückt sich sehr unklar aus, wenn er erklärt, daß das Verhalten des einzelnen Soldaten im Kriege gänzlich vom Völkerrecht geregelt sei, daß dieses überhaupt den Begriff des Soldaten bestimme und daß auch der Kriegsnotstand eine Völkerrechtsnorm sei, die sich an den einzelnen wendet. Im Zusammenhang mit seiner Kritik an Triepel muß aber angenommen werden, daß auch er der Meinung ist, es gebe ein Völkerrecht, das sich an den einzelnen wendet. Er steht damit nicht allein, sagt doch auch Oetker[53]): „Kriegsverbrechen sind Straftaten, die Heeresangehörige unter Verletzung der Gesetze und Gebräuche des Krieges begehen, somit völkerrechtswidrige Kriegshandlungen."

Es ist nun zwar richtig, daß die Strafrechtsordnungen eine Definition des strafrechtlichen Begriffes Soldat nicht aufweisen.

---

50) Triepel, a. a. O., S. 19.
51) Wegner, Kriminalunrecht ..., S. 96.
52) Wegner, a. a. O., S. 100.
53) Oetker, Über Kriegsverbrechen im Gerichtssaal, Bd. 91, S. 403.

Die größte Zahl der Kriegshandlungen der Soldaten ist auch nirgends strafrechtlich normiert. Und dennoch wissen die Soldaten der Kulturnationen sehr wohl, was ihnen im Kriege „erlaubt" ist und was nicht. Sie wissen offenbar, daß sie auch im Felde mit jeder einzelnen ihrer Handlungen einer Rechtsordnung unterstehen und richten sich darnach. Da liegt es nahe, das Vorhandensein irgendeines Gewohnheitsrechts mit zwischenstaatlichem Wirkungsbereich zu vermuten, dem sie sich freiwillig unterwerfen.

Da unter dem Ausdruck Kriegsgewohnheitsrecht auch das völkerrechtliche Normen des Krieges enthaltende Gewohnheitsrecht der Staaten verstanden wird, wird dieser Ausdruck für das hier gemeinte Gewohnheitsrecht der einzelnen nur in Ermangelung eines besseren Ausdrucks gewählt.

Daß dieses Gewohnheitsrecht kein Völkerrecht ist, erhellt daraus, daß dieses, wie oben gezeigt, sich immer nur an Staaten wendet, niemals aber an einzelne. Es gehört auch nicht zum Internationalen Privatrecht, denn als solches betrachten wir lediglich den Inbegriff der sog. Kollisionsnormen, d. h. der Normen, die die Frage entscheiden, welches Recht (welche Sachnormen) in einem mehrere Staaten berührenden Privatrechtsstreit anwendbar ist[54]). Es fällt aber auch nicht unter das sog. Internationale Strafrecht. Denn unter diesem irreführenden Ausdruck verstehen wir nur die im allgemeinen Teil des Reichsstrafgesetzbuchs enthaltenen Vorschriften, welche das räumliche oder sachliche Anwendungsgebiet der Strafgesetze festlegen[55]). Es bleibt somit nur noch die Möglichkeit, sich dieses Gewohnheitsrecht als die Summe vieler einzelner nationaler Gewohnheitsrechte vorzustellen.

Zur näheren Charakterisierung dieses „Kriegsgewohnheitsrechts" wollen wir nun nach einer kurzen Klarlegung des Verbrechensbegriffs in eine genauere Betrachtung der Kriegshandlungen der einzelnen eintreten.

§ 9.
Der Verbrechensbegriff

Das deutsche Strafrecht versteht unter einem Verbrechen formell eine „vom Staate mit Kriminalstrafe bedrohte Handlung", inhaltlich die „rechtswidrige, schuldhafte Willensbetätigung eines Menschen, die vom Gesetz als strafwürdig erklärt ist und beim Vor-

54) Staudinger, Kommentar zum BGB. und d. Einf.-Gesetz, 1931, 9. Aufl., VI. Bd., 2. Teil, S. 3.
55) Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin 1922, S. 64.

liegen aller Strafbarkeitsmerkmale auch gestraft werden kann“ [56]). Es ist also, damit der Tatbestand eines Verbrechens erfüllt wird, notwendig, daß ein Mensch handelt, d. h. daß menschliches Wollen für rechtserhebliche Tatsachen mitwirksam wird [57]). Die so gesetzte Handlung muß rechtswidrig sein, d. h. formell einem Gebote oder Verbote einer Rechtsordnung zuwiderlaufen, materiell die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes in sich schließen [58]) und schuldhaft sein, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig von einem schuldfähigen Menschen begangen sein.

Es ist kein Zweifel, daß unzählige Kriegshandlungen alle diese Bedingungen erfüllen würden, wenn nicht der Kriegszustand eine andere rechtliche Beurteilung des Verhaltens der Kämpfenden mit sich brächte, welche den rechtmäßig Kämpfenden von strafrechtlicher Verfolgung befreit.

Allerdings gibt es eine ganze Anzahl von Tatbeständen, die im Kriege genau ebenso strafbar sind und sein müssen, wie im Frieden. Ich denke hier an Delikte wie Diebstahl, Unterschlagung, Körperverletzung oder Delikte wider die Sittlichkeit, deren Strafbarkeit auf Grund der §§ 242, 223, 246 und 174 ff. RStGB. im Zusammenhalt mit § 127 MStGB. auch bei Militärpersonen im Felde einwandfrei feststeht. Immerhin sind, wie schon angedeutet, die verschiedensten Fälle der kriegerischen Betätigung durch einzelne denkbar, die weder vom bürgerlichen noch vom militärischen Strafrecht erfaßt werden, wie z. B. die Verweigerung des Pardons.

§ 10.

Die kriegsrechtswidrigen Kampfhandlungen Einzelner

Hinsichtlich der rechtmäßigen Kriegshandlungen kann es keine Zweifel geben. Seit es überhaupt Kriege gibt, werden die Soldaten, die sich im Rahmen ihrer militärischen Aufgaben und Befugnisse halten, als Soldaten auch von den Gegnern betrachtet, d. h. ihr Verhalten wird von diesen nicht unter dem Gesichtspunkt des Verbrechens beurteilt. Für Deutschland hat das Reichsgericht selbst die unbestrittene Auffassung hierüber in dem Urteil gegen die Angehörigen der die Lostrennung Elsaß-Lothringens von Deutschland und seine Angliederung an Frankreich betreibenden sog. Patriotenliga [59]) klar ausgesprochen. Der reguläre, zwischen souveränen Staaten geführte Krieg *(la guerre légitime, reglée)*, so

56) Köhler, Deutsches Strafrecht, Leipzig 1917, S. 156.
57) Köhler, a. a. O., S. 167.
58) Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1919, S. 111.
59) RGSt. 16/165.

heißt es dort, stehe an sich unter den Normen des Völkerrechts. Es könne keine Rede davon sein, die Tätigkeit derjenigen Organe und Personen, welche nach Verfassung und Gesetzen ihres Heimatlandes berechtigt und berufen sind, über Krieg und Frieden zu entscheiden oder bei dieser Entscheidung mitzuwirken, den Krieg vorzubereiten oder an demselben nach dessen Ausbruche als Kombattanten oder in sonstiger Eigenschaft tätig teilzunehmen, anders als nach den Normen des Völkerrechts beurteilt und behandelt werde; es erscheine namentlich von vorneherein ausgeschlossen, daß diese völkerrechtlich gedeckten und deshab in strafrechtlichem Sinne nicht rechtswidrig handelnden Personen mit dieser ihrer Tätigkeit in einer unter die Strafgesetze des anderen Staates fallenden Weise eines gegen diesen Staat gerichteten hochverräterischen Unternehmens sich schuldig machen könnten . . . Diese Exemtion beruhe auf dem Völkerrecht.

Das Reichsgericht nimmt damit auf einen Satz des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts Bezug, nach welchem die Staaten die strafrechtliche Verfolgung rechtmäßiger Kriegshandlungen ihrer eigenen oder fremder, feindlicher Staatsangehöriger weder veranlassen noch dulden dürfen. Dieser Satz wendet sich, wie jede völkerrechtliche Norm, nur an die Staaten. Er stellt nicht etwa einen Bestandteil des nationalen Strafrechts dar.

Wie hier hält sich das Reichgericht auch bei der Beurteilung der nur vom Völkerrecht normierten Kriegshandlungen einzelner streng an die Trennung von Völkerrecht und Landesrecht. In dem Urteil gegen die U-Boot-Offiziere Dithmar und Boldt[60]) spricht es von völkerrechtlichen Normen, deren Übertretung nur dann strafbar sei, wenn diese zugleich den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt: „Eine Überschreitung der völkerrechtlichen Grenzen der Kriegführung ist strafbar, sofern im übrigen der Tatbestand einer strafbaren Handlung gegeben ist. Dem Willen des Staates, der den Krieg führt und dessen Gesetze für die Frage der Rechtmäßigkeit oder Widerrechtlichkeit entscheidend sind, entspricht die Tötung des Gegners im Kriege nur insoweit, als sie unter den Voraussetzungen erfolgt und die Bedingungen und Schranken einhält, die das Völkerrecht aufstellt.“ Auch in den übrigen Kriegsverbrecherprozessen hat das Reichsgericht sich hieran gehalten — und dies mit Recht. Die scharfen Angriffe, die Hofacker[61]) deswegen gegen das Reichsgericht erhob, sind durchaus unbegründet.

---

60) Amtliches Weißbuch, Reichstagsdrucksachen Nr. 2584, S. 2579 ff.

61) Hofacker in Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft, Bd. 44, S. 650: „Die deutsche Strafrechtsprechung hat das nie Erlebte zum Ereignis gemacht,

Die bisherigen Ausführungen betrafen die Kampfhandlungen einzelner des eigenen Heeres. Hinsichtlich der kriegsrechtswidrigen Kampfhandlungen einzelner Angehöriger der feindlichen Heere hat sich im Weltkriege die Praxis herausgebildet, daß solche Handlungen im Falle der nachträglichen Gefangennahme des Täters in gerichtlichen Verfahren abgeurteilt wurden. Die Wissenschaft hat diese Erscheinung verschiedenartig beurteilt. Gewiß unrichtig ist die Meinung, die Kohler[62]) vertrat, indem er das feindliche Heer für exterritorial und damit von jeglicher Strafbefugnis des gegnerischen Staates freigestellt erklärt: „Es gilt der völkerrechtliche Grundsatz: das Heer ist gegenüber dem Feinde exterritoriell, es genießt ihm gegenüber die Immunität. Kein Staat hat über das feindliche Heer eine Gerichtsbarkeit: jedes Heer ist ein vorgeschobener Teil seines eigenen Staates. Dies ändert sich mit der Kriegsgefangenschaft, denn der Kriegsgefangene hört auf, aktiver Teil seines Heeres und seines Staates zu sein, und er tritt in die staatliche Abhängigkeit gegenüber der Macht, welche ihn gefangen nimmt. Mit diesem Augenblick erlischt seine Immunität.

Die Heeresimmunität ist, so fährt Kohler fort, wie jede Immunität, nicht nur eine Immunität der Gerichtsgewalt, sondern auch eine Immunität der Strafbefugnis: das Heer, welches der Gewalt des fremden Staates nicht unterliegt, unterliegt auch nicht seinem *jus puniendi*. Daraus ergibt sich von selber, daß, wenn Teile des feindlichen Heeres in unsere Kriegsgefangenschaft geraten, sie nicht wegen der Delikte gestraft werden können, welche sie als Teile des fremden Truppenkörpers begangen haben . . ." Diese Auffassung wird auch von Oetker[63]) vertreten. Nun ist es zwar richtig, daß die feindliche Invasionsarmee eine Reihe von Exemtionen genießt. Eine allgemeine Befreiung der feindlichen Soldaten von der Strafkompetenz des Nehmestaates ist aber nirgends niedergelegt. Das hat auch Beling[64]) schon erkannt. Schlayer[65]) aber blieb es vorbehalten, die richtige Erklärung dieses Problems zu finden. Er klärt auf, wie wir schon ausgeführt

---

indem sie die vom deutschen Staat in den Krieg gesandten Verteidiger als selbständig Handelnde betrachtete und für Kriegshandlungen strafrechtlich zur Verantwortung zog; daß sie sich auf den Standpunkt stellte, die entsandten Soldaten und Offiziere hätten auf ihre eigene Verantwortung mißhandelt und getötet, nur seien die mit dem Völkerrecht, also einem fremden Recht, vereinbarten Handlungen durch einen Strafausschließungsgrund gedeckt gewesen."

62) Kohler, Strafrecht und Völkerrecht in Goldammers Archiv, Bd. 62, S. 354.

63) Oetker, Gerichtssaal, Bd. 91, S. 401.

64) Vgl. Anm. 22.

65) Vgl. die Ausführungen auf S. 22 ff.

haben, daß es sich bei diesen angeblichen „Strafen" nicht um Strafen im Rechtssinne, sondern eigentlich nur um Sicherungs- und Abwehrmaßnahmen handelt, denen sich die Truppe in Ausübung des ihr zustehenden Kriegsnotrechtes jederzeit bedienen darf und deren Form im Einzelfall ihrem Ermessen unterliegt.

Dieses Kriegsnotstandsrecht ist ein Teil des Landesgewohnheitsrechts[66]) und identisch mit dem sog. Kriegsgebrauch. Der Kriegsgebrauch, der seit alters zum militärischen Gewohnheitsrecht der Truppeneinheiten und der Einzelkämpfer gehört, hat immer die Beseitigung eines völkerrechtswidrigen Zustandes zum Ziel, der durch den Betroffenen herbeigeführt worden war. Kriegsgebrauch und Strafrecht sind hierbei streng auseinanderzuhalten.

Der Kriegsgebrauch erlaubt es dem kämpfenden Heere, jeden kriegsrechtswidrig kämpfenden Gegner ohne Rücksicht auf die notwendig unvollkommenen Normen des Straf- und Strafprozeßrechts unschädlich zu machen. Akte auf Grund des Kriegsgebrauchs sind Kampfhandlungen, Akte der militärischen Führung.

Trotzdem der Kriegsgebrauch von der Wissenschaft des Auslandes im Weltkriege zum Anlaß von Angriffen gegen die deutsche Kriegführung benützt wurde, wurde er doch von den feindlichen Heeren in mindestens gleichem Ausmaß geübt. Und mit Recht: denn der Kriegsgebrauch ist, wie wir gesehen haben, neben dem Strafrecht das einzige Mittel, die Kriegführung in humanen Grenzen zu halten. Seine weitere Ausbildung und insbesondere seine Kodifikation würde daher nur dem Interesse der Völker und der Menschlichkeit der Kriegführung zugute kommen.

---

66) Vgl. Schulz, a. a. O., S. 60.

Literaturübersicht

Beck, Die ältesten Artikelsbriefe für das deutsche Fußvolk, München 1908.
Beling v., Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität, Breslau 1896.
Beling v., Militärpersonen als Angeklagte im feindlichen Ausland, Deutsche Juristenzeitung 1915, S. 39.
Bluntschli, Das moderne Völkerrecht, Nördlingen 1872.
Buxbaum, Das völkerrechtliche Delikt, Diss. Erlangen 1915.
Burckhardt, Die Unvollkommenheit des Völkerrechts, Bern 1923.
Burckhardt, Die völkerrechtliche Verantwortung der Staaten, Bern 1924.
Corpus Juris Militaris, Berlin 1687.
Coester, Anwendung des heimischen Strafrechts auf Militärpersonen fremder Staaten, Deutsche Strafrechtszeitung 1915, S. 48.
Ennecccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1911, Bd. I.
Garner, International law and the world war, London 1920.
Garner, Punishment of offenders against the laws and customs of war, in American Journal of int. law., vol. 14, 1920, p. 70.
Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin 1922.
Guht, Mißhandlung Untergebener nach Militärstrafrecht, Heidelberg 1908.
Heilfron, Aburteilung von Militärpersonen durch Kriegsgerichte des Gegners, Deutsche Juristenzeitung 1915, S. 39.
Hofacker, Rechtswidrigkeit und Kriegsverbrechen, Stuttgart 1921.
Hofacker, Die Leipziger Kriegsprozesse in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss., Bd. 43, S. 649.
Huber, Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsräson, Zeitschr. f. Völkerrecht 1913, S. 351.
Jerusalem, Kriegsrecht und Kodifikation, Zeitschr. f. Völkerrecht, Bd. 9, Ergänzungsh. 1.
Kohler, Strafrecht und Völkerrecht, Goltdammers Archiv, Bd. 62, S. 354.
Köhler, Deutsches Strafrecht, Leipzig 1917.
Lenz, Völkerrechtliche Vorfragen des Strafrechts in Kriegszeiten, Österr. Zeitschr. f. Strafrecht 1916, S. 196.
Liszt v., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1919, alte Aufl.
Liszt v.-Fleischmann, Das Völkerrecht, Berlin 1925.
Meurer, Die Haager Friedenskonferenz, Bd. 2, München 1907.
Michelsen, Das Urteil im Leipziger U-Boots-Prozeß ein Fehlspruch? Berlin 1922.
Moser, Grundsätze des europäischen Völkerrechts in Kriegszeiten, Tübingen 1752.
Nicolai, Rassengeschichtliche Rechtslehre, NS.-Bibliothek, Heft 39.
Oetker, Über Kriegsverbrechen, Gerichtssaal, 1924, S. 400.
Oetker, Kriegsgebrauch und Strafrecht, Gerichtssaal, 1917, S. 401.
Oppenheim, International Law, London 1926.
Phillipson, The international law and custom of anzient Greece and Rome, vol. I u. II, London 1911.
Poljokan, La responsabilité pour les crimes et délits de guerre, Paris 1923.

Rissom, Die strafrechtliche Behandlung der Kriegsgefangenen, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss., Bd. 36, S. 588.
Rissom, Bestrafung Kriegsgefangener wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen, Archiv f. Strafrecht u. Strafpr., 1916, S. 379.
Romen-Rissom, Militärstrafgesetzbuch, Berlin 1916.
Schätzel, Bestrafungen nach Kriegsbrauch, Archiv f. Militärrecht 1919/20, S. 13 .
Schlayer, Bestrafung von Kriegsgefangenen wegen vor Gefangennahme im Ausland begangener Straftaten, Deutsche Juristenzeitung 1916, S. 184.
Schlayer, Zum außerordentlichen kriegsrechtlichen Verfahren gegen Ausländer im besetzten Feindesgebiet, Deutsche Strafrechtszeitung 1915, S. 7.
Schoen, Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen, Zeitschr. f. Völkerrecht, Bd. X, Ergänzungsheft 2, Breslau 1917.
Schulz, Die Kriegsverbrechen, Berlin 1928.
Staudinger, Kommentar zum BGB. u. d. Einf.-Ges., Bd. 6, 1931.
Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899.
Vanderpol, Le droit de guerre d'après les Théologiens et les Canonistes du Moyen-âge, Brüssel-Paris 1911.
Vattel, Le droit des Gens, Paris 1835.
Verdroß, Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten, Berlin 1920.
Verdroß, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, Tübingen 1923.
Verdroß, Zur Konstruktion des Völkerrechts, Zeitschr. f. Völkerrecht 1914, S. 329.
Verdroß, Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem, Zeitschr. f. Völkerrecht 1923, S. 405.
Weißbuch, Amtliches über die Kriegsverbrecherprozesse, Reichstagsdrucksachen 1921, Nr. 2584.
Wegner, Kriminalunrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, Hamb. Schriften z. ges. Strafrechtswiss., Heft 7, Hamburg 1925.
Wegner, Die Rechtswidrigkeit der Kriegsverbrechen, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. 1924, S. 683.
Wegner, Geschichte des Völkerrechts, Handbuch d. Völkerrechts, Bd. 1, 3. Abt., Stuttgart 1936.
Wenzel, Juristische Grundprobleme, Berlin 1920.
Wittmayer, Völkerrecht und Staatsrecht, Zeitschr. f. Völkerrecht 1924, S. 1.